

政治經濟學視角下對智慧財產權領域侵權損害賠償計算方法的再思考

楊源哲

智慧財產權領域的侵權損害賠償，是侵犯智慧財產權的行為所對應的民事責任形式之一，是智慧財產權法的一項重要法律制度。智慧財產權侵權損害賠償數額的確定是整個民事侵權訴訟的主要內容之一，侵權責任的歸屬及形式確定之後，權利人的訴求往往就集中在損害賠償具體數額的確定方面。實踐中，智慧財產權領域侵權案件的判賠額似乎缺乏明確清晰的標準，不同的案件有不同的判法，甚至同一個案件中不同審級的法院也難有統一的意見，這些現象常常令人困惑。有學者指出，造成此類困惑的原因在於我們的思維迄今囿於法學和法律條文的約束，沒有運用經濟學的經典理論，深入到經濟生活中去尋求答案，具體來說即是總是生硬地借助物的價值標準來衡量知識、智慧財產權的財產數額。¹應當承認，估算智慧財產權的財產數額或相關的侵權賠償數額確非法學學科所擅長，但司法實踐中又不可避免地要面對和處理此類問題。本節將嘗試從政治經濟學的角度，重新審視智慧財產權領域侵權損害賠償額的計算方法並提出相關建議。

一、政治經濟學視角下智慧財產權財產價格的實質

人們過往在測算智慧財產權財產價格時曾過於執著于物權思維，試圖將知識（智慧財產權）類比為有體物（物權），並將政治經濟學中的勞動、商品、使用價值、社會必要勞動時間等經典概念直接照搬或套用過來。不過，這種傳統的計算思路在回答智慧財產權財產的來源、計算其數值時經常存在以下難以解決的問題：其一，無形財產（知識）的創造不同於有體物商品的生產，作品、技術、商標難以直接用勞動時間來量化比較，它們的產生究竟需要耗費多少勞動量不可能提前測知。其二，就算產出知識所需的勞動量能被提前測知，某一知識及其智慧財產權的財產價格在現實中常呈現為不斷增值的動態值，難以與“被提前測知的靜態勞動量或價值量”相對應。

在計算智慧財產權財產價格時需放棄傳統的類比有體物的思路，不能再執著於“產出知識所消耗的勞動量（社會必要勞動時間）”。回顧政治經濟學中勞動價值論有關勞動、商品、價值、使用價值的概念，並聯繫智慧財產權基礎理論的內容，人們可對知識這一智慧財產權的權利客體做出新的解讀。其一，創造知識只是一種設計形式的活動，不等同于直接形成價值的物質生產勞動，因此在質的規定性上，知識之上沒有直接凝結物化勞動或勞動價值論意義上的“價值”。其二，知識具有“無體性”，不具備使用價值的“具有物質載體”“有稀缺性”等特徵。其三，在量的規定性上，知識的創造過程不同於有體物商品的生產過程，不存在有體物商品那樣的“社會必要勞動時間”。其四，唯有那種將知識實際應用到有體物商品生產中的行為才是勞動價值論意義上的“勞動”，這樣的商品上才凝結了物化勞動或價值。

¹ 參見劉春田：“司法對《反不正當競爭法》的補充和整合”，載《法律適用》2005年第4期，第10頁。

以地租理論重構智慧財產權財產價格的測算方法。根據政治經濟學中的地租理論，土地無價值，非人類勞動的產物，然而土地有價格，土地或土地所有權的價格實際為一定年限的資本化地租的購買價格，而地租的實質則是土地上物質產品中所含的部分剩餘價值。這部分剩餘價值的規模將影響地租的數量，並決定土地價格的高低。知識和土地在“沒有直接凝結物化勞動”、“財產價格表現為使用該物件的許可費”等方面有相似之處。借鑒地租理論的觀點，知識（智慧財產權）的價格也是一定年限的智慧財產權許可費的總和。如果某知識的創新性越高，被許可人將來應用此類知識生產具體有體物商品時的生產銷售規模及所獲利潤也可能越大，因此，這些物件在智慧財產權交易時所表現出的預期許可費購買價格總和（即智慧財產權價格）也會越高。如此正好可以解釋智慧財產權的價格在實踐評估中為何具有預期性和浮動性的特點。綜上，在政治經濟學視角下，智慧財產權財產價格的實質是應用知識的有體物商品中的部分利潤或剩餘價值。

二、測算智慧財產權侵權損害賠償應抓住產品或利潤的主線

我們在考慮智慧財產權案件中的侵權損害賠償數額時，首先應擺脫物權的思維，並牢牢抓住運用知識的產品或產品利潤或剩餘價值這一主線。在馬克思政治經濟學的解釋中，利潤的實質也是雇傭工人創造的剩餘價值。馬克思認為，利潤率是剩餘價值同預付總資本的比率。²“一切剩餘價值，不論它後來在利潤、利息、地租等等哪種特殊形式上結晶起來，實質上都是無酬勞動時間的物化。”³所謂的無酬勞動即生產剩餘價值的剩餘勞動。現實中，有人經常把利潤的來源歸因於商品交易中的“低價買進高價賣出”，對此，馬克思認為是一種誤解，他說：“但是，他（資本家）力圖盡可能便宜地購買一切商品，並且總是把低於價值購買和高於價值出售這一純粹欺詐行為說成是他的利潤的來源。”⁴按馬克思的解釋，只有勞動創造價值，商品上所凝的價值決定商品的價格，而價格雖然會在供求關係等因素的影響下圍繞價值上下波動，但是這種波動所形成的“價格與價值的差值”或日常經驗中所謂的“利潤”，其源泉仍然是勞動所創造的價值，只不過這些價值在商品不斷的“低價買進高價賣出”的過程中被不同的商家間轉移了而已。可見，產品銷售所得的利潤無非是剩餘價值的一種表現形式而已。

由於知識具有不同於有體物的那種“無體性”特徵，智慧財產權領域侵權賠償數額的計算不能照搬物權那樣的演算法。按照政治經濟學中價值規律的解釋，物權的財產數額或有體物的價格都指向該物之上所凝結的物化勞動量，有體物的價格無非是這些物化勞動的貨幣體現，作為有體物的商品，其財產數額、價格量或社會必要勞動時間，通過經驗常識一般是比較容易計算出的。而知識則不同，依本文前幾章的結論，知識之上沒有凝結物化勞動（價值），分析知識或智慧財產權的價格不能從創造知識的勞動量著手，而是應考慮實際運用知識的物質產品中的利潤多寡。因此，在考量智慧財產權案件中的侵權損害賠償數額時，我們無需太過關注發明某一技術、創作某一作品所投入的成本，重點應是關注運用這些技術或作品的物質產品的實際或可能的銷售情況，再從銷售利潤中估算出大致的侵權賠償數額。至於智慧財產權侵權賠償數額在產品銷售利潤中到底應該占多大比例，這就

² 《馬克思恩格斯全集》第 23 卷，人民出版社 1972 年版，第 572 頁。

³ 《馬克思恩格斯全集》第 23 卷，人民出版社 1972 年版，第 584 頁。

⁴ 《馬克思恩格斯全集》第 23 卷，人民出版社 1972 年版，第 592 頁。

涉及許可費率的問題。在國外有關智慧財產權許可的實踐中，有學者通過經驗和實證調查認為，各行業中智慧財產權的許可費率大致為 25%，即智慧財產權人能從產品銷售利潤中抽取的許可費比例大致為 25%，此即有名的“25%法則”⁵。當然，也有不少人對“25%法則”持懷疑態度，認為它只是一種武斷的“經驗法則”、“粗糙的工具”。⁶對此本文認為，智慧財產權許可費到底應占銷售利潤的多少比例，恐怕要在商業實踐中進行個案認定。在司法判決中，當通過測算許可費來確定侵權賠償數額時，我們不一定非要參考所謂的“25%法則”，該問題不妨交由舉證規則來解決。比如《美國蘭哈姆法》在第 1117 條 (a) 款中就曾指出，在評估商標侵權所產生的損害或收益時，原告只需證實被告的銷售額，被告則必須證實其所主張的成本或扣除額的所有因素。言下之意，歸屬原告的許可費在被告所獲銷售利潤中到底該占多少比例，要看雙方的舉證情況，不能履行舉證責任的一方自然要在該比例的劃分中處於不利地位。

在我國立法或司法實踐中，許多做法即充分考慮了產品利潤這一因素。如《著作權法》第四十九條規定侵犯著作權或者與著作權有關的權利的，可以按照侵權人的違法所得給予賠償。這裡要求考慮“侵權人的違法所得”即包含了要考慮侵權人侵權產品或利潤來計算損害賠償額的意思。再如北京市高院的《關於確定著作權侵權損害賠償責任的指導意見》的第九條中規定在確定賠償額時可考慮作品的合理許可使用費。當然，正如前文指出，損害賠償額的計算不全是法學的問題，僅僅由司法人員來計算具體的許可費、產品銷售量往往有些力不從心，這些問題可能還需要借助其他專業人員的輔助。

三、測算智慧財產權侵權損害賠償應考量知識的智力水準、市場應用前景等因素

在確定智慧財產權領域的侵權損害賠償金額時應適當考慮知識本身的智力含量、創造水準、市場應用前景等因素，因為這些因素會對現實或將來實際產品的生產規模產生重要影響。如前所述，知識的價格其實是智慧財產權的價格，它表現為一定期限的智慧財產權許可費的購買價格，而許可費的實質是使用了知識的物質產品或服務中的利潤。預期的產品生產規模越大，預期的利潤就越多，對應的智慧財產權許可費就越貴，智慧財產權的交易價格就越高。從這一角度說，知識自身的“優劣”或智力水準的高低反映的是一種將來攫取利潤的能力大小。正如美國制度經濟學家康芒斯指出，與傳統的物質財產不同，版權、商譽等無形資產反映的是一種預期的利潤。⁷現實中，由於先進的專利技術、獨創性水準較高的作品通常具有相對較大的市場潛力，其對應的物質產品將來可能有更大的生產規模，預期所形成的利潤也就更多，如此一來，這些先進技術、優秀作品的智慧財產權價格或許許可費按理也會比一般的技術、作品要高。因此，法院在計算侵犯此類智慧財產權所形成的損害賠償額時應同一般情況有所區別。在司法實踐中，北京市高院的《關於確定著作權侵權損害賠償責任的指導意見》的第九條第二款中就曾規定：確定賠償額時可考慮作品的類型、合理許可使用費、作品的知名度和市場價值、權利人的知名度、作品的獨創性程

⁵ 參見理查·拉茲蓋蒂斯(Richard Razgaitis)：《評估和交易以技術為基礎的智慧財產權：原理、方法和工具》，中央財經大學資產評估研究所譯，電子工業出版社 2012 年版，第 190-198 頁；戈登·史密斯、羅素·帕爾：《智慧財產權價值評估、開發與侵權賠償》，夏瑋等譯，電子工業出版社 2012 年版，第 421 頁。

⁶ 參見戈登·史密斯、羅素·帕爾：《智慧財產權價值評估、開發與侵權賠償》，夏瑋等譯，電子工業出版社 2012 年版，第 431-433 頁。

⁷ 參見約翰·R·康芒斯：《資本主義的法律基礎》，壽勉成譯，商務印書館 2003 年版，第 345-346 頁。

度等因素。本文認為，從政治經濟學的角度看，法院的上述指導意見不失為一種有意義的、符合經濟常識的探索。

四、重新界定“被侵權人所失”與“侵權人所得”的適用順序

考慮損害賠償數額時，“侵權人侵權所得”這一因素不宜放在“被侵權人實際所失”之後。在我國立法中，考慮智慧財產權領域的侵權損害賠償數額通常要考慮“侵權人侵權所得”、“被侵權人的實際損失”等因素，而“被侵權人的實際損失”這一因素往往要優於或先於“侵權人侵權所得”。如《專利法》第六十五條規定：侵犯專利權的賠償數額按照權利人因被侵權所受到的實際損失確定；實際損失難以確定的，可以按照侵權人因侵權所獲得的利益確定。可見，司法機關在適用前述條款確定賠償數額時一般有某種先後順序，即首先應當以權利人的實際損失為依據，在權利人的實際損失無法確定時才可以以侵權人侵權所得為依據。從民事賠償責任的補償性或填平性的特點來說，確定賠償數額時考慮“被侵權人實際損失”這一因素並無不妥，但是從政治經濟學的角度看，似乎沒必要非將這一因素放在“侵權人侵權所得”之前。如前文分析，智慧財產權的價格或對應的財產數額其實源自產品中的利潤（剩餘價值），沒有產品的實際生產，知識的財產價值將是無本之木、無源之水。在分析知識或智慧財產權的財產數額時應牢牢抓住產品或利潤（剩餘價值）這一主線。侵犯智慧財產權的侵權人在未經權利人許可、未支付許可費的情況下使用該知識生產產品，其產品所形成的利潤或剩餘價值中的一部分正是知識財產價值的“本”與“源”。因此，在具體確定智慧財產權侵權賠償數額時，侵權人侵犯智慧財產權所得的利潤應當是重點予以考慮的，本文認為這一因素不宜總是放在“被侵權人實際損失”之後。即使在“權利人實際損失”及“侵權人侵權所得”皆能被證據證明的情況下，後者在測算判賠金額時所占的權重也應該是更大的。實際上，在有關國際公約如《TRIPS》協定中，也沒有硬性規定“被侵權人實際損失”與“侵權人侵權所得”之間的適用先後順序。在《TRIPS》協定第四十五條關於智慧財產權損害賠償的條文中，只是做了兩條原則性規定：1. 對已知或有充分理由應當知道自己從事侵權活動的侵權人，司法機關有權責令侵權人向權利持有人支付足以補償其因智慧財產權侵權所受損害的賠償；2. 司法機關還有權責令侵權人向權利持有人支付有關費用，其中可包括有關的律師費。在適當的情況下，即使侵權人不知或無充分理由應當知道自己從事侵權活動，各成員仍可授權司法機關責令其退還利潤和/或支付法定的賠償。可見，《TRIPS》協定在確定智慧財產權侵權賠償數額時並沒有嚴格遵循“權利人實際損失→侵權人違法所得”這一適用順序，它讓各成員國對此靈活處理。除此之外，最高院在 2009 年的《關於當前經濟形勢下智慧財產權審判服務大局若干問題的意見》中第 16 條也曾指出，在確定損害賠償時要善用證據規則，全面、客觀地審核計算賠償數額的證據，充分運用邏輯推理和日常生活經驗，……積極引導當事人選用侵權受損或者侵權獲利方法計算賠償。綜上，本文認為，在牢牢抓住產品或利潤（剩餘價值）這一主線的前提下，我們可以靈活設置智慧財產權侵權賠償數額的計算基準，使之更符合私法意思自治的原則。具體而言，不如賦予“被侵權人實際損失”、“侵權人違法所得”等計算方法或基準以獨立平行的位階，讓當事人有一定的自由選擇權，允許被侵權人根據自身受損程度、侵權人經濟狀況、證據情況等因素自行選擇對其更有利的救濟方案。

五、測算智慧財產權侵權損害賠償應考量知識對不同物質產品使用價值所起的作用

在抓住產品或利潤（剩餘價值）這一主線的前提下，我們還要注意考量物質產品的實際功能或使用價值。在不同的物質產品中，即是都“使用”或“複製”了同一知識，但知識對這些物質產品的實際功能或使用價值的影響力卻是不同的。這種影響力或作用的不同，會反映到知識所對應的財產數額、智慧財產權的侵權損害賠償額等方面。不弄清楚這一點，司法實踐中就會產生許多困惑。我們先看下面一個著名的案例。

“白秀娥蛇年郵票案”：原告藝人白秀娥應被告郵票印製局之約，為郵局設計、製作了數幅以蛇為題材的剪紙圖案，以供郵局印製蛇年生肖郵票所用。郵票印製局選擇了其中的4幅，將影本留存，但其中一幅作品未與作者訂立合同。後來，郵局在發行的郵票中使用了原告作者創作的這些圖案。原告認為，郵票印製局在沒有簽訂許可使用合同的情況使用其剪紙圖案，該行為屬於侵犯原告的著作權，要求法院判賠100萬元。一審法院認為，被告郵局將原告白秀娥的剪紙作品印製票，應向原告支付作品使用費，最後按照國家有關美術作品的付酬標準及該枚郵票的印製、發行數量等因素判決被告向原告支付作品使用費4685元。⁸原告白秀娥不服上訴。二審法院認為，郵票印製局未經原告許可使用其剪紙作品，侵犯了原告對作品的使用權、獲得報酬權、發表權及修改權，應該根據蛇年生肖郵票的發行數量、侵權行為人的主觀過錯程度、侵權後果等因素酌定賠償數額，最後判決被告郵局賠償原告24萬元。被告郵局不服該二審判決，申請再審。再審法院認為，郵政企業屬於公用企業，郵票主要功能是郵資憑證，與商業性的盈利行為不同。故又將判賠數額改為7萬元。該案是一個經典案例，案情雖然不複雜，但幾審法院的判決確各不相同，可謂一波三折。該案的一個爭議焦點在於侵犯著作權的賠償金額，三審法院雖都認可被告郵局侵犯了原告的著作權，但對於該侵權行為所造成的確切損失卻看法不同。在證據材料相對確定的情況下，一審法院判賠4685元，二審法院判賠24萬元，再審法院則判賠7萬元，這幾個數額之間有著不小的差距。對此，人們不經會思考：究竟哪個判決才最符合事情的真相呢？

在智慧財產權領域的司法實踐中，我們經常會遇到這樣的問題，即侵犯智慧財產權後的損害賠償數額總是難以計算，不同的案件總有不同答案，甚至同一案件的不同審理者也會有差異極大的觀點。在“白秀娥蛇年郵票案”中，幾審法院在判賠數額上雖然都考慮到了“郵票的印刷以及發行數量”這一情節，但還是沒有徹底弄清楚智慧財產權的財產來源，沒有仔細區分作為郵票的蛇年剪紙圖與作為作品的蛇年剪紙圖之間的區別。從政治經濟學的角度說，作為郵票的蛇年剪紙圖與作為作品的蛇年剪紙圖之間的使用價值是不一樣的。使用價值通俗地來說即指物或商品的有用性，它反映的是人與物之間需求與被需求的關係。作品的功能主要是滿足審美。作為作品的蛇年剪紙圖案與物質載體結合後所形成的產品是用來滿足人的精神需求的，其使用價值主要取決於該圖案的審美功能。而郵票的功能顯然不是滿足審美，作為郵票的蛇年剪紙圖案被印刷後所形成的產品主要是用於通信，其使用價值與產品上圖案的審美功能並無太大關聯。即使郵票上印有蛇年剪紙圖案，但該圖案由於大小和精美程度上的局限，肯定是與那種專門當成作品來印刷的圖案產品不同的。換言之，蛇年剪紙圖案對郵票的“通信”這一使用價值或功能所起的作用一般是十分有限的。消費者購買該郵票一般是沖著郵票的通信價值而非審美價值去的（當然這裡要排除那種專門的集郵愛好者）。結合本文第二章的觀點，智慧財產權所對應的財產數額來自於產品或服務中的利潤或剩餘價值。在本案中，即使我們可以將郵局出賣郵票產品所形成的利潤部分抽取或歸算到蛇年剪紙圖所對應的著作權財產價值中，但這樣抽取的比例仍是

⁸ 詳細案情和判決可見“（2001）一中知初字第185號”。

比較小的，因為蛇年圖案對郵票產品使用價值所起的作用是較小的，這與一般的主要作為精神消費品（作品）來生產的審美圖案或藝術產品不同。在後一種情形下，產品的主要使用價值是滿足人的精神或審美需求，產品所含圖案對產品使用價值的影響是巨大的，因而產品中的剩餘價值或出賣所得利潤的全部或多數可以歸入圖案（作品）所對應的著作權許可費當中。在商標理論中，人們區分了“商標意義上的使用”與“非商標意義上的使用”，其實在著作權領域也可以有類似區分。以“白秀娥蛇年郵票案”為例，若將蛇年剪紙圖案這一作品印在純粹用於審美的畫紙、牆紙中，這當然屬於“作品意義上的使用”；然而，若將蛇年剪紙圖案這一作品印在用於通信的郵票上，情況則不同，這不能完全等同于“作品意義上的使用”或者說這是一種“非作品意義上的使用”，將此種“非作品意義上的使用”所產生的全部或多數利潤判給著作權人是不太合適的。